

As mudanças das decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal e o enfraquecimento do Estado de Direito

Maria Ednalva de Lima¹
Advogada

1. O direito do contribuinte de somente pagar tributo criado por lei constitucional

Ao instituir um Estado de Direito, a Constituição Federal atribui ao contribuinte o direito de ter sua conduta disciplinada por meio de lei prévia, com o escopo de conferir certeza ao modo de portar-se diante da Administração Fazendária e de como ela deve portar-se diante dele.

Mas a Constituição Federal não só atribui ao contribuinte o direito de pagar tributos instituídos por meio de lei prévia, além deste direito, outorga-lhe o de pagar tributo instituído por lei prévia constitucional.

Em razão da presunção de constitucionalidade, lei nenhuma nasce inconstitucional.

A inconstitucionalidade é atributo conferido à lei por decisão judicial, como determinam os artigos 102 e 97 da Constituição Federal.²

O legislador da pessoa política competente para criar o tributo deve desempenhar sua atividade dentro dos limites prescritos pela Constituição Federal, para que seu comportamento não seja qualificado como inconstitucional e o produto de sua atividade como não válido.

Assim, ao dever jurídico de o legislador produzir textos compatíveis, formal e materialmente, com a Constituição Federal corresponde o direito subjetivo material do contribuinte de exigir que assim proceda.

Se o legislador descumprir seu dever, nascerá para o contribuinte o direito subjetivo processual de acionar o Poder Judiciário para pedir que seja tutelado seu direito

¹ Advogada especialista em Direito Tributário e Educacional. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP.

² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...].

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

de não recolher o tributo, como lhe assegura o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.³

2. O direito de o contribuinte acionar o Poder Judiciário para não pagar tributo criado por lei inconstitucional

Publicada a lei criadora de um tributo, se constatar inconstitucionalidade, o contribuinte depara-se com uma violação ao seu direito, o que é suficiente para configurar um conflito de interesses.

Do conflito de interesses surge o direito subjetivo de o contribuinte acionar o Poder Judiciário para postular um pronunciamento que o solucione.

O pronunciamento solucionará o conflito, ao dizer qual dos direitos subjetivos, afirmados em juízo (na petição inicial e na contestação), deve ser satisfeito.

O pronunciamento poderá dizer o direito do contribuinte de não pagar o tributo, se constatada a incompatibilidade formal ou material entre a lei que o criou e a Constituição Federal, ou o direito de a Fazenda Pública receber o tributo, verificada a constitucionalidade da lei.

Pois bem, como o direito submetido à apreciação do Judiciário é conferido pela Constituição Federal, o último pronunciamento poderá ser do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de recurso extraordinário interposto pelo contribuinte ou pela Fazenda Pública, em conformidade com o artigo 102, III, da Constituição Federal.

Interposto recurso extraordinário, seja pelo contribuinte ou pela Fazenda Pública, o STF, fazendo o controle difuso de constitucionalidade, pronunciar-se-á dizendo se a lei criadora do tributo é ou não constitucional.

Desse pronunciamento do Supremo Tribunal Federal brotará a certeza de qual dos direitos subjetivos em conflito deverá ser satisfeito e, assim, no caso concreto, alcança-se a segurança jurídica.

Alcança-se a segurança jurídica porque esse pronunciamento é acobertado pela coisa julgada e, por isso, nem mesmo lei poderá atingi-lo, como ordena o inciso XXVI do artigo 5º da Constituição Federal.⁴

Sucede que, nessa situação, como o controle de constitucionalidade é difuso, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal produz efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo, mesmo tendo sido proferido pelo Plenário, o que equivale a

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...].

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...].

dizer: a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade atinge somente o contribuinte que ajuizou a ação perante a Fazenda Pública.

Daqui para frente, a atenção dirige-se apenas ao pronunciamento do Plenário do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou de dispositivo legal e, por conseguinte, reconhece o direito do contribuinte de não pagar o tributo, no caso concreto, para averiguar se há possibilidade de mudança da decisão em outro caso.

3. Possibilidade de alteração do pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma lei em sede de Recurso Extraordinário

O Recurso Extraordinário é um dos instrumentos utilizados para o STF cumprir sua missão precípua de guarda da Constituição Federal.

Acontece que, por meio desse instrumento, a provocação para o STF exercer sua missão dá-se por ação do contribuinte que tem seu direito violado com a publicação da lei presumida constitucional.

Assim, o pronunciamento desse órgão, afastando a presunção de constitucionalidade, consiste em resposta à ação de um contribuinte específico perante a Fazenda Pública, responsável pela aplicação da lei, ainda que emane do Plenário. Ou seja, a inconstitucionalidade é declarada no caso concreto. Por essa razão, os efeitos desse pronunciamento não podem transcender o caso concreto e atingir outros contribuintes.

A transcendência dos efeitos somente poderá advir de ato do Senado Federal que suspenda a execução, no todo em parte, da lei declarada inconstitucional no caso concreto, consoante estatuído no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.⁵

O efeito *inter partes* conduz à necessidade de analisar se uma lei declarada inconstitucional, desde sua publicação, por pronunciamento do Plenário do STF no caso concreto (controle difuso), poderá ser, em outro caso, qualificada como constitucional.

Para o desenvolvimento da análise, toma-se como referência um caso concreto.

Em sessão realizada no dia 8 de agosto de 2014, o Plenário do STF sublinhou que não julgaria simultaneamente o Recurso Extraordinário nº 240.785/MG e a ADC 18/DF, por ter ocorrido mudança substancial na composição da Corte no período transcorrido entre a interposição do aludido recurso e o julgamento.

Nessa sessão, o Plenário do STF decidiu, nos autos do aludido recurso extraordinário, que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS viola a *alínea b* do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Entrementes, fez uma ressalva que abre a possibilidade de, em outro caso, a nova composição da Corte alterar esse pronunciamento.

A simples possibilidade de a nova composição poder alterar o pronunciamento do Plenário e considerar constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS gera instabilidade nas relações entre os contribuintes e a Fazenda Pública Federal e instala tratamentos diferentes para contribuintes que se encontram na mesma situação.

⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...];

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...].

4. As decisões do Plenário do STF e a estabilidade da ordem jurídica

Por ser órgão detentor da função precípua de guarda da Constituição Federal, a decisão do Plenário do STF que declara inconstitucional uma lei ou um dispositivo legal deveria conferir conforto aos contribuintes, ainda que proferida em sede de recurso extraordinário.

O conforto sobreviria do fato de, a partir da decisão do STF, os demais contribuintes tomarem conhecimento de que teriam reconhecido o direito de não recolher o tributo porque criado por lei inconstitucional desde sua publicação, se fosse acionado o Poder Judiciário.

Não se pode olvidar que um dos efeitos da decisão proferida pelo Plenário do STF em sede de recurso extraordinário é a retroação à data de publicação da lei. Ou seja, a lei é predicada inconstitucional desde sua publicação.

No entanto, o que de fato tem ocorrido, no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, é que os demais contribuintes acionam o Poder Judiciário e recebem como resposta que a decisão do Plenário do STF não deve prevalecer, em razão da mudança dos seus integrantes ocorrida no período de tramitação do recurso extraordinário até seu julgamento, que foi de aproximadamente 15 (quinze) anos.

Se a decisão do Plenário declara inconstitucional uma lei ou um dispositivo legal, por violação a um comando da Constituição Federal, e não deve prevalecer em razão da mudança de seus integrantes depois de proferida, qual a serventia do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de constitucionalidade? Nenhuma, porque não se pode confiar em declarações de inconstitucionalidade emitidas sob a composição anterior.

Assinale-se que a decisão não é dos integrantes da Corte, é do órgão colegiado, por isso, há de ser estável, independentemente de mudança de sua composição.

Deveras, esse entendimento não encontra guarida na Constituição Federal. Pelo contrário, vilipendia-a.

Vilipendia-a porque, ao entregar sua guarda ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição confia que suas decisões assegurem a estabilidade da ordem jurídica que inaugurou.

Não se pode esquecer por um só minuto que, apesar de as decisões do Plenário serem proferidas em sede de recurso extraordinário, o STF não está a exercer a função de dizer o direito subjetivo do contribuinte no caso concreto, conquanto seja esse o resultado final. O Supremo está a exercer a função de proteger o direito objetivo e, assim, impor o respeito pelo Estado de Direito.

De nada adiantaria ter a Constituição Federal inaugurado um Estado de Direito se não tivesse escolhido um órgão para velar por ele.

Velar pelo Estado de Direito equivale a não permitir que seus alicerces sejam vulnerados e, com maior razão ainda, não ser o vulnerador justamente o órgão velador.

Os alicerces do Estado de Direito que não podem ser vulnerados são os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da igualdade.

No caso de mudanças de decisões do Plenário, sem alteração do texto constitucional ou legal, são feridos os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

5. As mudanças de decisões do Plenário do STF proferidas em sede de Recurso Extraordinário e a vulneração dos princípios da segurança jurídica e da igualdade

Nos autos do recurso extraordinário, o STF não se pronuncia diretamente sobre a violação ao direito subjetivo do contribuinte. Pronuncia-se sobre a violação à ordem jurídica pelo legislador ao dizer se é inconstitucional ou não a lei ou dispositivo legal impugnado.

Sendo assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou dispositivo legal em sede de recurso extraordinário, o STF está a resguardar a ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal e, com isso, a garantir segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica, como um dos alicerces do Estado de Direito, é concretizado na medida em que os pronunciamentos do STF acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis, em sede de controle difuso, são estáveis e podem ser seguidos por todos os contribuintes que se encontram em situação semelhante.

O contribuinte necessita de certeza acerca de seus direitos e deveres. Só com essa certeza, pode planejar e orientar sua conduta para não infringir a ordem jurídica.

A mudança de composição da Corte não pode ser um argumento para abandonar o princípio da segurança jurídica e enfraquecer o Estado de Direito.

Se a mudança de composição do STF for motivo para que suas decisões sejam recebidas como provisórias, o clima, ao invés de certeza, será de desconfiança.

Não é admissível, constitucionalmente, que, no terreno do direito tributário, no qual já se avultam conflitos entre o respeito pelos direitos subjetivos, valores e princípios e o interesse arrecadatório do Estado, o contribuinte tenha de conviver com a incerteza do direito objetivo, por não poder confiar nas decisões proferidas pelo Plenário do STF sob determinada composição.

Revela-se evidente que o pronunciamento que considerou violado o direito objetivo pelo legislador, já acobertado pela coisa julgada, não poderá ser alterado por outro pronunciamento diametralmente oposto, por respeito ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Se o pronunciamento prolatado por uma composição da Corte puder ser alterado, conviverão, sob a mesma ordem jurídica, duas categorias de contribuintes: a dos não devedores do tributo porque, em seu caso, a lei recebeu o atributo de inconstitucional, e a dos devedores do mesmo tributo porque, em seu caso, a mesma lei recebeu o atributo de constitucional.

Vê-se, pois, que as modificações dos pronunciamentos do Plenário em razão da mudança de composição da Corte ferem, afora o da segurança, o princípio da igualdade.

O fato de competir ao STF a tutela do direito objetivo é suficiente para afastar a possibilidade de mudança das decisões do Plenário em razão de modificação de sua composição, se o texto constitucional ou legal permanece o mesmo.

Quando conclui que o legislador desrespeitou a Constituição Federal e, por isso, declara o produto de sua atividade inconstitucional, o STF tutela o direito objetivo.

Direito objetivo é igual para todos os contribuintes que se encontram na mesma situação por ele disciplinada, pois, se de outro modo for, não poderá ser qualificado como direito objetivo.

Se o STF puder dizer que a lei ou o dispositivo legal é inconstitucional desde a publicação e, depois, rever seu entendimento para dizer que a mesma lei ou o mesmo dispositivo é constitucional, sem que tenha ocorrido alteração no direito objetivo, além de insegurança, ter-se-á um quadro injustificado de desigualdade entre contribuintes que se encontram na mesma situação.

Não se pode admitir que o órgão responsável por velar pela integridade do Estado de Direito, assentado no princípio da igualdade, instaure um quadro de desigualdade, por decidir, em um caso, que o dispositivo legal é inconstitucional e, em outro, que o mesmo dispositivo é constitucional.

O Estado de Direito não permite que a mutação da ordem jurídica decorra da modificação da composição do órgão que deve velar pela sua integridade, se o texto constitucional ou legal não sofre alteração pelo Poder Legislativo.

A mutação da ordem jurídica em razão da modificação da composição do STF, sem alteração do texto constitucional ou legal, não confere certeza aos contribuintes acerca do direito objetivo válido e, por consequência, do modo como devem portar-se diante da Fazenda Pública e ela diante deles, bem como cria situações de desigualdade entre eles, o que, sem margem para dúvida, enfraquece o Estado de Direito.

Em um Estado de Direito, as pessoas têm o direito subjetivo de saber qual é o direito objetivo válido para todos que se encontrem na mesma situação. O direito objetivo não pode ser válido por um período e depois deixar de sê-lo, assim como não pode ser, ao mesmo tempo, válido para alguns e não válido para outros.

Os cidadãos não confiarão em pronunciamentos de um órgão, guardião da Constituição Federal, que diz ser inconstitucional um dispositivo legal enquanto sua composição for a mesma que participou do julgamento.

Somente decisões estáveis do Plenário farão com que os contribuintes confiem no STF e não vivam sobressaltados, pois garantirão a previsibilidade e a certeza do direito objetivo.